



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Facultat de Dret
Facultad de Derecho

FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO ACADÉMICO [2015-2016]

TÍTULO:

**PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN OPERACIONES VINCULADAS
INTERNACIONALES: EL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA Y
LOS MÉTODOS DE REPARTO**

AUTOR:

KAI SCHMITZ

TUTOR ACADÉMICO:

DR. D. MERCEDES NÚÑEZ GRAÑÓN

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	pág. 3
2. PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA	pág. 5
3. MÉTODOS DE REPARTO	pág. 8
• <u>Métodos Tradicionales:</u>	pág. 8
- M. Precio Libre Comparado.	
- M. Precio de Reventa.	
- M. Coste Incrementado.	
• <u>Métodos Alternativos:</u>	pág. 13
- M. Margen Neto Operacional	
- M. Distribución del Resultado.	
4. FÓRMULA GLOBAL DE REPARTO	pág. 18
5. OPINIONES Y CONCLUSIÓN	pág. 19
6. REFERENCIAS	pág. 23
7. BIBLIOGRAFÍA	pág. 23-24

1. INTRODUCCIÓN

Tratar de imaginarse hoy en día un lugar en este mundo en el cual no convivan diferentes culturas a la vez, donde nada más que producto nacional es ofrecido y vendido en el mercado propio del territorio, y donde la economía mundial no esté directamente ligada a su concepción como hecho representativo de la red global de conexión y unión de las relaciones mercantiles ampliando los mercados hasta los más remotos rincones de la sociedad moderna, resulta casi imposible. Es por esto, y dejando de lado singularidades como la República Popular “Democrática” de Corea –que también se aprovecha de ello-, que el hecho de que vivamos en un mundo globalizado ya no sea meramente algo que todos asumimos conviviendo con ello, sino que se ha convertido en un activo crucial de nuestra vida diaria, un activo necesario en la sociedad como todos la conocemos. No cabe duda de que esta globalización conlleva muchas ventajas, sobre todo en el ámbito comercial, ya que el número de clientes potenciales aumenta drásticamente, la oferta de productos es mayor, las posibilidades para la disminución de los costes de producción se incrementan, los precios se reducen y el nivel de competencia en el mercado sube, lo que da lugar a la estimulación de la innovación y del desarrollo. Sin embargo, esta situación de aumento de la exigencia de competitividad en las empresas, las conduce a exprimir, y no siempre por los cauces legales, los medios que posibilita la globalización mundial, con tal de mantener un alto nivel de competitividad empresarial internacional.

Actualmente, el mercado está repleto de entidades relacionadas y unidas entre sí en grandes grupos empresariales de los cuales son dependientes, distribuidas por multitud de países diferentes en todo el mundo, mientras mantienen funciones e intereses compartidos. Estas organizaciones se aprovechan de sus conexiones intragrupo para, a través de operaciones vinculadas en las que los precios son fijados de una manera totalmente arbitraria sin atender al valor de mercado de los bienes y servicios afectos, acabar propiciando un mayor beneficio al conjunto de la agrupación. Ante esta práctica de modelar los precios de transferencia, surge la imperiosa necesidad de regular y limitar las actuaciones empresariales, pues vulneran directamente el principio de plena competencia, creando una situación de desigualdad frente a las empresas y autónomos que actúan en el mismo mercado pero de manera independiente. Cabe añadir, con ánimo

de remarcar la importancia de la persecución de dichas prácticas, que hoy en día el 60% de las operaciones comerciales en el mundo se lleva a cabo entre empresas vinculadas¹. Es esta problemática, junto a la relevancia compartida que la misma mantiene de cara a la voluntad recaudatoria de los diferentes estados y su correspondiente solución a través de la aplicación del principio de plena competencia, lo que será objeto de análisis en esta redacción.

Como ejemplo de cómo un grupo empresarial, dadas las oportunidades que les ofrece la globalización, podría llegar a pagar menos en concepto de Impuesto de Sociedades a través de la fijación arbitraria de los precios de transferencia en las operaciones vinculadas internacionales entre sus entidades, nos encontramos con un posible escenario en el cual una empresa productora (A) vende sus productos a dos empresas distribuidoras en otro estado, siendo una de estas últimas una empresa vinculada a aquélla (B) y la otra una tercera independiente (C) que nada tiene que ver con el grupo empresarial al que pertenecen A y B. Hasta aquí todo parece normal y legítimo, pero a la hora de fijar los precios de venta de la transmisión de bienes A vende los productos a B a mero precio de producción, mientras que a C le exige el pago del valor de mercado actual. Por un lado este hecho provoca que, cuando las dos empresas distribuidoras (B y C) revendan estos productos en su mercado nacional, el margen de beneficio de B sea mucho mayor al que lo será el de C puesto que esta última tuvo que incurrir en más gastos para su adquisición, dando lugar a una desigualdad competitiva entre estas dos empresas en el mercado que comparten. La entidad vinculada B también podría haber optado por vender los bienes a un precio más bajo y competitivo que C, influyendo así en la elección de los consumidores. Por otro lado, lo que ha conseguido el grupo empresarial -al que pertenecen A y B- con la fijación arbitraria del precio de venta al mero valor de producción en su operación vinculada, es trasladar el beneficio global de dicha transacción al país de la empresa B, donde podría tributarse menos por IS que en el estado de A, quedando A sin ganancias gravables derivadas de esta transacción, siendo su beneficio igual a 0.

El análisis del ejemplo anterior nos deja ante la duda de cómo evitar que se puedan dar situaciones de desigualdad como la explicada y sobre todo, de cómo frenar

¹ *Transfer pricing: Keeping it at arm's length*, John Neighbour, OECD Centre for Tax Policy and Administration.

el movimiento voluntario por parte de las agrupaciones empresariales de los beneficios obtenidos a través de sus entidades, y por tanto, de posibilitar la recaudación de los tributos por las administraciones del territorio en los cuales se lleva a cabo cada una de las operaciones necesarias para la obtención final de las ganancias del grupo. ¿Cuál es la solución a esta problemática?

2. PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) pretende resolver dicha problemática con la implementación del principio de plena competencia que recoge en el apartado 1º del artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario:

“Cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.”²

Este principio -en inglés conocido como “arm’s length principle”-, está basado en las distintas relaciones de confianza o cercanía que mantendrían personas desconocidas entre sí en comparación con las de aquéllas que sí se conocen. El nombre anglosajón del concepto tiene su origen en el rechazo que se tiene al acercamiento físico de una persona desconocida más allá del apretón de manos cordial, es decir, en el gesto de saludar extendiendo el brazo y así manteniendo al desconocido a la distancia de un brazo extendido. Ahora bien, dejando de lado el origen del nombre anglosajón de dicho precepto, así como el hecho de que en español su traducción literal no hubiera tenido mucho sentido dadas las diferencias en las costumbres en el saludo, vamos a pasar ya a centrarnos en el contenido y alcance de este principio de plena competencia en la materia que interesa en este trabajo.

² OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD 2010, c1, p33.

Lo que la implementación de este principio pretende evitar es que exista arbitrariedad en los precios, es decir, acercamientos más allá del saludo cordial que vendría a representar el valor real de mercado. Así, la aplicación de este precepto consiste en comparar entre los precios de transferencia fijados en una transacción vinculada concreta y una de las mismas características pero proveniente de una relación comercial entre entidades independientes que no se ven afectadas por nada más que por la competencia y exigencia mismas del mercado en el que actúan. En nuestra legislación, a través del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo y su modificación por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, se incluyeron e implementaron las nociones de este principio, a día de hoy estipuladas en el artículo 18.1 LIS.

A priori puede parecer una tarea bastante simple y sencilla la de comprobar dos valores, sin embargo presenta bastantes aspectos a tener en cuenta para llevarla a cabo. Así, lo que resulta tan complicado de esta comprobación, no es en sí la comparativa de valores, sino la búsqueda de transacciones independientes compatibles, esto es, el análisis de comparabilidad. Para que dos operaciones puedan ser comparadas se deben de tener en cuenta tanto las características y aspectos de las empresas mismas, sus relaciones, los bienes o servicios afectos, como el mercado en el que actúan. De esta manera, analizando el objeto mismo de la operación, de consistir éste en la transmisión de bienes, si estamos ante bienes tangibles será relevante prestar atención a aspectos como la calidad, confiabilidad, disponibilidad y el volumen de entrega, mientras que si se trata de bienes intangibles, serán sobre todo el tipo de bien intangible en cuestión, la duración y los beneficios anticipados los factores más a tener en cuenta. Sin embargo, si el objeto de la operación son prestaciones de servicios lo importante será la naturaleza y alcance de las mismas. Por otro lado, también se han de considerar las posiciones de la empresa y la funciones que desempeñan sus operaciones, es decir, no se trata únicamente del valor material de la transacción, sino que además el análisis se basará en la función que éstas ejercen en la cadena de producción, en los bienes empleados, así como en las responsabilidades y riesgos asumidos por la entidades comparadas.

Por último, otros aspectos relevantes para determinar la comparabilidad de dos operaciones son las estipulaciones contractuales que, a título de ejemplo, podrían

regular un reparto de beneficios, o también, dadas las diferentes circunstancias económicas que podría causar, importa analizar la localización geográfica y dimensión de los mercados en los que actúa cada empresa. Asimismo, puede tener influencia la estrategia de negocio de cada entidad, como podría ser la innovación o las técnicas de penetración de mercado. No obstante, es necesario mencionar que todos estos factores expuestos anteriormente, tienen que presentar un efecto material en los precios de las transacciones para que sean tenidos en cuenta a la hora de buscar una operación no vinculada que pueda ser comparada.

Una vez expuesto el fundamento de las comparaciones, la duda que surge es, ¿qué sucedería si no fuera posible encontrar una operación no vinculada suficientemente compatible para ser comparada? O lo que es lo mismo, ¿qué pasaría si uno de estos factores relevantes constituyese una diferencia que imposibilitase una comparación efectiva? Pues bien, ante este posible suceso entran en juego los ajustes de comparabilidad, ajustes que tienen la función de aumentar la confiabilidad en los resultados de las operaciones comparadas. Existen muchos tipos de ajustes de comparabilidad, los hay entre otros, relacionados con el capital, las funciones o los bienes. Estos ajustes, en los que no se profundizará en este trabajo, hacen posible la implementación del principio de plena competencia en operaciones inicialmente incomparables, concretamente, haciendo posible su comparación. Finalmente, la aplicación efectiva de este principio se lleva a cabo a través de diferentes mecanismos tipificados y llamados como métodos de valoración o “métodos de reparto”, que determinan el valor de la transacción y la distribución de los beneficios como si de una operación entre entidades independientes se tratara, esto es, como el precepto indica, en situación de plena competencia. La adopción de dichos métodos por parte de la legislación española tiene lugar a través de su implementación por el artículo primero de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal que modificó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y actualmente se encuentra recogido en el artículo 18.4 LIS, adaptándose así a las Directrices que la OCDE establece en materia de precios de transferencia. Ahora bien, constatada la existencia de diferentes tipos de mecanismos, la duda que nace es, ¿qué método de reparto se ha de aplicar en cada caso?

3. MÉTODOS DE REPARTO

Las directrices en materia de precios de transferencia establecen que para la elección del método adecuado habrá que “*ponderar las respectivas ventajas e inconvenientes de los métodos aceptados por la OCDE, la adecuación del método considerado en vista de la naturaleza de la operación vinculada, determinada mediante un análisis funcional; la disponibilidad de información fiable -en concreto sobre comparables no vinculadas- necesaria para aplicar el método seleccionado u otros; y el grado de comparabilidad entre las operaciones vinculadas y no vinculadas, incluyendo la fiabilidad de los ajustes de comparabilidad necesarios para eliminar las diferencias materiales que existan entre ellas.*”³. La OCDE ha creado cinco métodos de reparto diferentes, tres métodos tradicionales basados en el valor de las operaciones y dos métodos alternativos, que parten del resultado de éstas:

A) En primer lugar nos encontramos con el método tradicional de precio libre comparado (CUP, abreviación inglesa) y es el que tiene preferencia sobre todos los demás siempre que sea posible su aplicación, ya que representa la manera más directa y fiable de implementar el principio de plena competencia. Este método realiza una comparación directa del precio derivado de una transferencia de bienes o servicios vinculada y del mismo pero proveniente de otra operación la cual no esté vinculada, es decir, del precio establecido entre empresas independientes.

Como ejemplo de la aplicación de este método nos sirve el caso explicado en la introducción de esta redacción. Recordemos que se trataba de dos operaciones de ventas de bienes de un mismo productor, con dos destinatarios diferentes -uno vinculado por grupo empresarial y otro independiente-, ambos dos establecidos en un mismo mercado nacional diferente al del vendedor. Explicábamos que los precios de transferencia establecidos fueron, por un lado, el del valor de mercado en la operación con la tercera parte independiente, y la de un precio menor a éste para la transacción vinculada, lo que le proporcionaba al comprador vinculado ventajas sobre el adquirente no vinculado que vulneran claramente el principio de plena competencia.

³ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010, OECD 2010, c2, p59.

Si aplicásemos a este ejemplo el método CUP, compararíamos los dos precios de transferencia impuestos por el vendedor llegando a la conclusión de que el precio que deriva de la operación vinculada no se corresponde con el de la transacción independiente, la cual sí refleja un negocio bajo circunstancias de plena competencia, y que por tanto tendrá que ser este último el relevante a efectos tributarios. La aplicación de un método de reparto, esto es, de la imposición del valor de mercado a la operación vinculada, no sólo conlleva la igualdad competencial al mercado de destino sino que además conlleva la distribución correcta de los beneficios entre las entidades vinculadas, repercutiendo dicho cambio unos beneficios a la empresa vendedora que antes no obtenía, haciendo posible el gravamen de estos por parte de la administración tributaria del estado correspondiente.

No obstante, es conveniente destacar que la desventaja del método de precio libre comparado es, entre otras, el alto nivel de comparabilidad que éste exige entre los objetos de las operaciones a equiparar, extremo que no siempre resulta fácil de cumplir. Este método se aplica mayoritariamente a transacciones de materias primas, así como de productos químicos o financieros.

B) El segundo método tradicional de reparto tipificado es el método de precio de reventa. Éste calcula el margen bruto de beneficios que obtiene una entidad independiente de una reventa, para así conocer el porcentaje de ganancia en condiciones de plena competencia y aplicar dicho margen al precio de reventa de una empresa que adquirió los productos revendidos a través de una operación vinculada anterior, obteniendo de esta manera el precio que, de acuerdo con el principio de plena competencia, se debería de haber acordado en la compra intragrupo inicial.

Resulta aplicado en muchas ocasiones a operaciones de marketing que no añaden un valor significativo. Aquí, el factor de la funcionalidad es el que resulta más relevante, ya que este método requiere de una menor comparabilidad de los productos que en el caso del método CUP, esto es debido a que las diferencias entre los productos no tienen el mismo efecto material en el margen como en el precio.

Para la aplicación del método de precio de reventa de nuevo nos vuelve a servir la estructura del ejemplo anterior, pero con la diferencia de que lo relevante a la hora de

comparar ya no son los productos en sí mismos, sino la función que las empresa desarrollan. Así, como ejemplo tendríamos un fabricante que vende productos acabados en una operación vinculada a un distribuidor que los revende a un precio de X. Mientras que una entidad independiente que comparte el mismo mercado y función que el distribuidor vinculado, revende a un precio de Y. Ante esta situación, para la aplicación del principio de plena competencia haríamos uso del método en cuestión calculando el margen de beneficio obtenido por el distribuidor independiente en su reventa, conociendo así cuánto porcentaje de la reventa a valor de mercado representa beneficio. Para ello, la fórmula matemática a aplicar al precio de reventa “Y”, es la siguiente:

$$\text{Margen de P. Reventa}(\%) = \frac{P. Reventa (Y) - P. Adquisición Libre}{P. Reventa (Y)}$$

Finalmente, una vez sabemos el porcentaje que corresponde al beneficio, para determinar el precio de transferencia que se ha de tener en cuenta para la operación vinculada sólo tenemos que deducir este margen al precio de reventa “X”:

$$P. Plena Compet. = P. Reventa (X) - (\text{Margen ...}(\%) \times P. Reventa (X))$$

Algunas desventajas que conlleva este tipo de método de reparto son, por un lado, el hecho de que los márgenes brutos de beneficio dependan de aspectos como la eficiencia de la administración, ya que pueden afectar a la rentabilidad de la transacción, pero no al precio de los bienes o servicios. Por otro lado, la existencia de una dificultad de aplicar este sistema a situaciones en las que haya existido una manipulación importante de los productos por parte del distribuidor final, debido a que ésta provocaría cambios sustanciales en el valor de los productos, afectando a la fiabilidad de los beneficios representados a través de la aplicación de los márgenes. Además, posibles diferencias o falta de información acerca de la contabilidad de las empresas pueden suponer un impedimento a la aplicación del método de precio de reventa, dado que

influyen en gran medida en el análisis de comparabilidad. Asimismo, cabe mencionar que es muy complicado identificar si las entidades comparadas hacen o no uso de intangibles de marketing de valor significativo en sus operaciones, hecho que supondría un mayor nivel de rentabilidad.⁴

C) Finalmente, el tercer y último método de reparto tradicional es el método de coste incrementado. Se basa en un cálculo opuesto al anterior, ya que éste consiste en la suma, y no deducción, de un margen bruto de beneficio para la obtención del precio de transferencia adecuado. Suele ser de aplicación cuando las entidades comparables de las que se trate sean prestadoras de servicios o fabricantes que añadan valor a los bienes, incurriendo para ello en gastos. Este método compara las operaciones para determinar cuánto margen de un precio de transferencia independiente corresponde a beneficios con respecto a los costes, para después aplicar y sumar dicho margen a la cifra de costes de la empresa vinculada. De nuevo, al igual que en el método del precio de reventa, el factor más relevante es la función que tiene la operación y no tanto los productos en sí mismos, cuyas diferencias no tienen demasiada repercusión en el margen bruto de beneficios.

Como ejemplo de la aplicación de este método, supongamos un caso en que un fabricante de zapatos vende sus productos a un distribuidor situado en otro país que forma parte de su mismo grupo empresarial, y por tanto, le vende la mercancía a un precio inferior al valor de mercado. Los costes en los que ha incurrido este fabricante vinculado para la producción de los zapatos son X. Mientras tanto, otro fabricante de zapatos, independiente, produce zapatos incurriendo en costes de Y, vendiéndolos posteriormente a distribuidores por valor de mercado Z. Con estos datos podemos calcular el margen bruto de beneficio (en relación con los costes) de la operación no vinculada entre este último fabricante independiente y sus clientes, a través de la siguiente fórmula:

$$\text{Margen de Coste Incrementado (\%)} = \frac{P.Venta Libre (Z) - Costes (Y)}{Costes (Y)}$$

⁴ *The different methods of TP: pros and cons*, Elizabeth Hughes, Wendy Nicholls, 28 September 2010.

Finalmente, para calcular el precio de transferencia acorde al principio de plena competencia que debe de ser considerado en la operación vinculada del ejemplo, tendremos que aplicar y sumar el margen calculado anteriormente a los costes en los que incurre el fabricante perteneciente al grupo empresarial:

$$\textbf{P. Plena Competencia} = \textbf{Costes (X)} + (\textbf{Margen ... (\%)} \times \textbf{Costes (X)})$$

Como desventajas del método de coste incrementado se presentan, entre otras, la complejidad que en ocasiones conlleva, por un lado, la determinación de los costes de las operaciones, y por otro, la vinculación de los mismos con el margen de beneficio. Esto vuelve a matizar, como en el caso del método anterior, la importancia que mantiene la contabilidad de las empresas en el estudio de su comparabilidad. Resulta relevante apuntar el efecto que puede tener este método en la forma de proceder de los empresarios. Así, el hecho de que este sistema de reparto se base únicamente en los costes podría llegar a provocar la incentivación del descontrol de estos,⁵ así como suponer un mecanismo arbitrario con el cual influir en el precio de plena competencia.

Estos tres métodos de reparto tradicionales representan la mejor de las opciones para aplicar el principio de plena competencia en las operaciones vinculadas, por ello, siempre deben ser considerados en primer lugar y particularmente, como ya se mencionó en su correspondiente explicación, el método de precio libre comparado (CUP), dada su más directa, simple y eficaz comparabilidad. Sin embargo, existen casos en los que resulta imposible la aplicación de estos sistemas tradicionales, como podría ser en aquellos en los que del análisis de comparabilidad no se obtuviese un resultado favorable o simplemente no se dispusiera de todos los datos necesarios para ello -sin perjuicio de los posibles ajustes que puedan salvar estas situaciones-. Ante estos supuestos, para aplicar el principio de plena competencia, se acude a los métodos del beneficio de la operación. Como su nombre mismo indica, estos se centran en el beneficio y no en los precios establecidos en las operaciones:

⁵ Agenda Item 5 Working Draft for the October 2011 Geneva meeting, UN, ch5, P35.

D) El primero de estos es el método del margen neto operacional (TNMM) que consiste en el cálculo del ratio de beneficio neto de una empresa vinculada para después comparar éste con el de otras entidades independientes. A diferencia de la determinación del beneficio bruto llevada a cabo en algunos de los métodos tradicionales, para el cálculo del ratio neto se tendrán en cuenta no sólo las deducciones de los costes, sino que además se considerarán los gastos operativos, incluyendo gastos extraordinarios, impuestos e intereses. Por consiguiente será necesario prestar atención a indicadores netos tales como ventas, activos, número de empleados u otras formas de representación de la rentabilidad como lo son, por ejemplo, los Berry ratios. Esta última tipología de ratios divide el margen bruto de beneficio entre los gastos operativos en los que ha incurrido la entidad, obteniendo un resultado que, dependiendo de si es mayor o menor que 1, reflejará las diferentes situaciones de la empresa:

6

$$\text{Berry Ratio} = \frac{\text{Beneficio Bruto}}{\text{Gastos Operativos}} = < 1 / > 1$$

Un resultado inferior a 1 supondría un índice de pérdidas de la empresa, mientras que un resultado mayor de dicha unidad daría lugar a un índice de beneficio neto. La ventaja que presenta este mecanismo de determinación de beneficios es la poca afectación que presenta por las posibles discrepancias surgidas en un análisis de comparabilidad, a la inversa de los métodos enfocados en los precios de las operaciones.

Para ejemplificar este método de reparto basado en diferentes indicadores del beneficio neto, nos valdría un caso en el cual dos empresas vinculadas realicen operaciones entre sí, siendo una de ellas una fábrica que a su vez es la compañía matriz del grupo, y la otra una entidad importadora y distribuidora de los productos en otro país. Constatado esto, supongamos que en un año concreto la compañía matriz decide dividir los ingresos obtenidos por esta entidad distribuidora entre todas las sociedades distribuidoras pertenecientes al grupo que hay repartidas por diversos mercados. De esta manera, el margen de beneficio neto de aquélla, teniendo en cuenta aquí como indicador

⁶ *Berry Ratio*, Investopedia.

las ventas, esto es, dividiendo los ingresos entre las ventas, daría un resultado mucho inferior ese año dado a esta división de ingresos realizada. Llegados a este punto habría que calcular un rango aceptable en el cual el margen de beneficio neto de la entidad debería encontrarse en condiciones de plena competencia. Para determinar dicho rango se consultan los márgenes de beneficio neto de empresas independientes comparables del mismo año, de cuantas más mejor, y se establecen como límites para este rango el valor mínimo y máximo que se encuentren. Si el margen de beneficio neto de la entidad investigada se sale de tal rango tendremos que considerar como valor a aplicar la media aritmética de los márgenes de las empresas independientes comparadas, calculando de esta manera los ingresos reales según el principio de plena competencia, es decir, aplicando dicha media a las ventas realizadas por la empresa vinculada.

Este método presenta una desventaja que radica en el hecho de que sus indicadores de beneficio neto podrían quedar influenciados por aspectos que por otro lado no generarían gran repercusión en el ámbito de los precios o los márgenes brutos, como sería el caso de los costes fijos de producción y/o distribución, haciendo su resultado menos fiable. Esto podría conllevar dificultades a la hora de determinar eficazmente indicadores de beneficio neto acordes al principio de plena competencia que pudieran ser utilizados en esta sistemática de distribución.⁷

E) El segundo mecanismo alternativo basado en el beneficio de la operación y a su vez último método de reparto tipificado, es el llamado método de distribución del resultado. Éste se divide en dos tipos diferenciados, por un lado aparece un sistema que se basa en el análisis de las aportaciones satisfechas por las empresas vinculadas, y por otro, un sistema centrado en un análisis residual. Ambos tienen en común el punto de partida, los dos parten de la agrupación de los beneficios del grupo empresarial que posteriormente distribuyen atendiendo a aspectos económicos válidos obtenidos a partir del estudio de los repartos de beneficios de entidades bajo condiciones de plena competencia. No obstante, en el reparto del conjunto de beneficios entre las diferentes entidades del grupo que lo generaron se parten en dos los procedimientos a seguir. Cabe añadir que, a pesar de volver a existir una comparación con empresas independientes, la

⁷ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c2, p79.

información obtenida de éstas no tiene la misma relevancia como en los otros métodos de reparto analizados, puesto que aquí se parte de unos datos subjetivos de la agrupación para una correcta distribución de los beneficios generados y no de la generación de los rendimientos en sí misma. Una ventaja de este mecanismo de reparto la presenta la existencia de una baja probabilidad de que de su aplicación se derive una atribución de una gran parte de los beneficios a una sola entidad, dado el estudio siempre bilateral que se realiza a las partes participantes en las operaciones.

En relación al tipo de distribución del resultado enfocado en el análisis de las aportaciones satisfechas por las empresas, un ejemplo sería la situación en la que varias entidades, que comparten el mismo grupo, presentan una diferencia significativa y sospechosa en sus ingresos, siendo una la copia prácticamente exacta de la otra, esto es, habiendo desempeñado la misma función dentro del grupo empresarial al que pertenecen y en el mercado en el que actúan, así como habiendo invertido la misma cantidad de bienes en sus actuaciones y asumido riesgos por igual. Para efectuar un reparto correcto de los ingresos, se tendrá que tomar como punto inicial el beneficio global del grupo empresarial para después generar unos porcentajes que representen la participación en esas ganancias por parte de cada entidad. En la determinación de estos porcentajes se atenderá a la información externa del mercado y su cálculo se desarrollará en relación con las características ya mencionadas anteriormente, la función de cada entidad vinculada dentro del proceso, los bienes utilizados para su consecución, los riesgos, etc. Este mecanismo trata de premiar el esfuerzo real llevado a cabo por cada una de las empresas que generaron el beneficio de la agrupación. En el caso del ejemplo, la aplicación del principio de plena competencia conllevaría un reparto equitativo de los ingresos, además de idéntico para cada parte, sólo pudiendo ser alterado por las diferencias de los mercados propios en los que actúa cada empresa.

Por otro lado, referente a la tipología de este método que atiende a un análisis residual, un ejemplo sería el caso en el que una compañía matriz vendiese patentes a una entidad de producción vinculada después de haber invertido una importante cantidad de dinero en desarrollo e investigación, y que estas ventas le generasen un beneficio de X. Supongamos que después la empresa adquirente de las patentes vendiese éstas a sus clientes sin incurrir prácticamente en costes para ello, obteniendo por dichas operaciones un beneficio de Y. El beneficio global de la agrupación empresarial sería

X+Y. Una vez establecido esto, el procedimiento a seguir sería el siguiente: en primer lugar habrá que analizar las funciones básicas y rutinarias de las partes intervinientes en las operaciones, es decir, las aportaciones no excepcionales en las transacciones. Tras esto, será necesario aplicar uno de los tres métodos de reparto tradicionales o el TNMM para asignar una cantidad de beneficio base a cada parte acorde al principio de plena competencia. En segundo lugar, debemos distribuir el beneficio restante o residual (Z) que reste tras el reparto de beneficio base anterior. Para ello se atenderá al análisis de las aportaciones excepcionales realizadas, esto es, de las que no van ligadas a la rutina misma de las operaciones, aplicando porcentajes calculados como en el primer método del beneficio de las operaciones explicado. Volviendo al caso del ejemplo, en él los costes excepcionales por I+D en los que incurre la compañía matriz son mucho más elevados que los que asume la entidad vendedora, por lo que el porcentaje para el reparto de beneficios que le será de aplicación a ésta será mucho mayor, quedando de esta manera la mayoría del beneficio del grupo empresarial imputada a dicha parte:

$$\mathbf{B. Residual Asignado = B. Residual (Z) \times Aportación Excepcional (\%)}$$

En lo referente a las desventajas que presentan los métodos de reparto del beneficio de la operación nos encontramos con la dificultad de calcular los beneficios combinados de los grupos empresariales en los que se realizan operaciones entre sus integrantes, ya que esto requiere que dichas transacciones se reflejen de manera especial en la contabilidad. Además, en la atribución de los beneficios no resulta sencilla la determinación de los gastos y costes operacionales particulares entre los todos los demás, ya que estos podrían ser fruto de otras actividades de la empresa investigada. Por último, otra desventaja relevante relacionada especialmente con el método de distribución del resultado, es el hecho de que este mecanismo no se encuentre tan conectado a las informaciones exteriores del mercado, datos que para una adecuada implementación del principio de plena competencia se requieren.⁸

⁸ *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*, Lorraine Eden, p237.

Tras haber expuesto las diferentes modalidades de los métodos de reparto que existen, y por tanto, las diferentes maneras de llevar a cabo la aplicación del principio de plena competencia, procede destacar la relevancia que tienen en la comparabilidad no sólo los factores internos, sino también los externos que influyen en las operaciones. Sin embargo, esta relevancia deriva en una complejidad añadida dada la mayor y más precisa concordancia exigida en los aspectos a comparar, lo que en ocasiones nos lleva a situaciones donde no existe comparabilidad alguna. Particularmente en los casos relacionados con intangibles el problema se agranda, ya que, por un lado el comercio de estos en los mercados externos no abunda, y por otro porque cuando sí son comercializados en dichos mercados, suelen serlo en combinación con bienes tangibles. Además, como sucede en muchas ocasiones, los factores transcendentales para poder llevar a cabo la comparabilidad en aplicación del principio de plena competencia, simplemente resultan muy difíciles de detectar.

“Incluso los mayores defensores del principio de plena competencia aceptan que no es posible encontrar comparables en economías pequeñas y subdesarrolladas. En estos casos, se usan técnicas económicas para ajustar las diferencias que presentan los mercados, las cuales, en el mejor de los casos, producen un rango todavía más amplio de posibles precios”.⁹

De hecho, las debilidades que presenta el principio de plena competencia han provocado la aparición de otras soluciones para el reparto de los beneficios conjuntos de las multinacionales, así, una tendencia cada vez más y más aceptada para llevar a cabo dicha distribución, la cual a su vez ha dado lugar a muchas críticas en su contra, es la que se basa en la aplicación de una regla o algoritmo matemático preestablecido, a través del cual se pretende aplicar factores determinados para crear porcentajes de atribución de cantidades, esto es, una fórmula global de reparto.

⁹ BEPS Through the Looking Glass: Where Do We Stand?, TJN Senior Adviser Professor Sol Picciotto, February 4, 2015.

4. FÓRMULA GLOBAL DE REPARTO

Para poder llegar a aplicar una fórmula de distribución como la que se propone, habría que considerar previamente tres pasos. En primer lugar sería necesario determinar todo el conjunto de entidades que constituyen cada grupo empresarial, la totalidad de sus integrantes, esto es, incluidas sus filiales y sucursales, para así conocer el alcance que tendrá la aplicación posterior del impuesto. En segundo lugar, sería imprescindible calcular el montante global de los beneficios obtenidos por estas agrupaciones empresariales el cual posteriormente pasaría a ser repartido conforme a la fórmula impuesta. Y por último, habría que establecer la fórmula global de reparto que se acabaría aplicando al beneficio obtenido por un grupo determinado para localizarlo y atribuirlo donde corresponda.¹⁰

A favor de este tipo de medidas sería defendible que las agrupaciones empresariales deberían de ser consideradas como bases consolidadas y no como partes individuales e independientes en el mercado. Argumentando que la fórmula global de reparto reflejaría la realidad económica, que reduciría costes administrativos y burocráticos de los contribuyentes, y que facilitaría las labores contables, ya que sólo haría falta declarar una única cuenta de ingresos a efectos tributarios, además de disminuirse el desembolso para dichas labores de contabilización. Evidentemente no se puede negar que esta medida de distribución de beneficios facilitaría y simplificaría las cosas, más todavía teniendo en cuenta la laboriosa, complicada y a veces opaca búsqueda en el mercado de comparables independientes para aplicar los métodos que responden al principio de plena competencia. No obstante, ante tal decisión habría que preguntarse si de verdad el más fácil siempre resulta ser el mejor de los caminos.

En cambio, desde una postura detractora de esta tendencia resulta imprescindible resaltar que un reparto realizado bajo estas condiciones no tendría en cuenta hechos y circunstancias individuales relevantes, convirtiéndolo en una distribución de beneficios basada en la arbitrariedad. Asimismo, parece razonable pensar que esta medida provocaría distorsiones económicas, el grado de las cuales dependería de los factores

¹⁰ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c1, p37.

seleccionados para el cálculo de la fórmula global. Además, es cuestionable si esta medida incentivaría todavía más las ya existentes planificaciones de estructuras de evasión fiscal por parte de los contribuyentes, dado que, como se ha comentado anteriormente, para el cálculo de los porcentajes de atribución se tendrían que usar factores preestablecidos, hecho que facilitaría la maniobrabilidad por parte de las agrupaciones empresariales.

5. OPINIONES Y CONCLUSIÓN

La argumentación, sea a favor o en contra de la formula global de reparto, aparece inseparablemente envuelta de otro aspecto, esto es, del grado de posibilidad y probabilidad real que pueda tener la aprobación de una medida de estas características. Así, para establecerla se necesitaría un consenso mundial que a priori parece muy improbable, en el cual se preestableciesen los factores relevantes, así como los porcentajes atribuibles a cada país, debiéndose atravesar todas las diferencias políticas y de legislación financiera y tributaria que estos presentan. Se necesitaría una armonización completa en materias como por ejemplo los tipos de gravamen o los gastos deducibles. Todo ello conllevaría un aumento en la restricción de las ya de por sí limitadas soberanías nacionales y por ende, de una difícil postura en sentido afirmativo.

Existen muchos argumentos y opiniones dispares en apoyo de una u otra postura, sin embargo, en lo que respecta a la opinión de los países miembros de la OCDE, estos siguen defendiendo el principio de plena competencia afirmando que la fórmula global de reparto no es aceptable desde un punto de vista teórico, de implementación o práctico¹¹, incluso habiéndose reconocido el hecho de que en algunos casos se hayan visto obligados a calcular los precios de transferencia sin la posibilidad de atender a las funciones de comparabilidad impuestas por este principio, es decir, asumiendo que dicho precepto presenta ciertas debilidades. En su defensa, sostienen que se está llevando a cabo un desarrollo de las formas de aplicación del precepto y que incluso se

¹¹ *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c1, p36.

están estudiando establecer nuevos métodos, pretendiendo siempre encontrar el incremento de la eficacia y eficiencia que derive del principio de plena competencia.

A pesar de todo, algunos críticos sitúan la OCDE en una posición mucho menos conservadora del principio, acusándoles de estar acercándose cada vez más a este nuevo tipo de mecanismo de distribución. Por ejemplo, afirman que la implementación de la medida del informe “país-por-país” para las multinacionales, recogida en el proyecto de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) de la OCDE/G20, es uno de los primeros pasos dirigidos al reparto global del beneficio a través de una fórmula matemática¹².

*“La OCDE está alejándose del principio de plena competencia, pero no quiere admitirlo”.*¹³

Sobre esta última apreciación en relación con BEPS el Director del Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE, Pascal Saint-Amans, mantiene una postura firme. Manifiesta que BEPS no está encaminado a una fórmula global de reparto, ni lo estará, incluso ante la imposibilidad de dar solución a las deficiencias en la aplicación del principio de plena competencia. Saint-Amans afirma que los problemas del principio surgen debido a que el sistema fuera creado para asignar los beneficios a los diferentes países donde se acumulen, ya que esto provocó que acabara en un mecanismo donde la localización de las actividades reales de las empresas podía ser fácilmente separada de la que a efectos tributarios correspondería. Sostiene que esto ha de cambiar, pero que jamás se realizará a través de la aplicación radical de una medida como la que presenta esta nueva tendencia.

Un aspecto que se debe tener en cuenta a la hora de efectuar un análisis de las posibilidades de implementación de métodos alternativos de asignación de beneficios como el de la fórmula global de reparto, es la trascendencia que pueda llegar a tener la opinión de la Organización Mundial del Comercio (WTO) al respecto. Como organismo formado por 162 países miembros y de otros 22 como observadores, en relación con la

¹² *Locating production and income within MNEs: An alternative approach based on formulary apportionment*, Dylan G. Rassier.

¹³ *BEPS Through the Looking Glass: Where Do We Stand?*, TSN Senior Adviser Professor Sol Picciotto.

legislación tributaria y las normativas de comercio es evidente que adopta una posición relevante en este debate. Además, la OCDE no dispone de mecanismos para imponer sus propuestas y ejecutarlas, sin embargo, la WTO sí presenta estas características.

Independientemente de todas las opiniones, si nos paramos a considerar todas las etapas que hemos atravesado en nuestra historia económica, y asumiendo que convivimos ya hoy en día en un mundo globalizado totalmente aceptado, parece bastante improbable, incluso con la existencia de proyectos como BEPS, de organismos como la OCDE u otros críticos de este tipo de medidas, que éstas no lleguen a aplicarse, más todavía dado el hecho de que el principio de plena competencia parezca ser fruto de una poda constante, como si de un árbol viejo al final de sus días se tratara.

Joseph E. Stiglitz, ganador del Premio Nobel de Economía (2001) definió la globalización de la siguiente manera:

“Globalización es la mayor integración de los países y personas del mundo, provocada por las enormes reducciones de costes de transporte y comunicación, y el derribo de barreras artificiales para los flujos de bienes, servicios, capital, conocimiento, y personas a través de las fronteras”.

No cabe duda de que, explicada así, sea considerada como una situación más que deseable para nuestra sociedad, nadie puede negar las maravillosas ventajas y oportunidades que nos ofrece la globalización, sin embargo, no sólo puede traer avance, innovación y prosperidad, sino que por desgracia va estrechamente ligada a una pérdida continuada de soberanía, y por tanto de libertades. Con el paso del tiempo nuestra sociedad se ha ido unificando paso a paso, habiendo ya hoy en día formaciones de países como lo son la Unión Europea y los Estados Unidos de América. La creación de este tipo de uniones no significa a priori que vayan a generar una mala repercusión en la sociedad, es más, en todos los planteamientos iniciales de medidas de unificación la gran mayoría de aspectos parecen convenientes, ya que todo apunta a unas premisas democráticas que parecen derivar en una convivencia más fácil, más simple y sobre todo, más libre, debido a que suelen ir acompañadas de la apertura de fronteras, etc. No obstante, una vez aprobadas las bases y estructuras de estos “macrogobiernos”, las soberanías de sus integrantes suelen, desgraciadamente, decaer. En estos casos es

cuestión de tiempo que el poder se centralice en manos de unos pocos cuyos intereses en muy limitadas ocasiones son a favor de las mayorías. Es aquí donde radica la crítica más profunda a la fórmula global de reparto, y es que, cabe tener en cuenta que este algoritmo matemático que pretende distribuir los beneficios debe ser establecido e impuesto por alguien. ¿Quién debe estar legitimado para ejercer semejante poder? Una fórmula así, en función de los factores seleccionados para su determinación, podría llevar a que un gobierno centralizado atribuya arbitrariamente incluso al país más trabajador y productivo un porcentaje irrisorio, sea por interés discriminatorio o como sanción por algún tipo de incumplimiento, dando lugar a una falta de soberanía y una dependencia desorbitadas. Sin embargo, aun en conocimiento de todo lo que este tipo de medidas pueden causar, los intereses económicos consiguen que la unificación mundial se encuentre en constante avance, así, actualmente están en proceso las negociaciones para la aprobación del Tratado Transatlántico de Comercio e Inversiones (TTIP), y de nuevo, a pesar de las protestas que emergen, la idea principal que engloba el tratado se presenta como muy positiva, sin duda, pero los puntos que por intereses financieros puedan reformarse en un futuro una vez aceptada la estructura de comercialización, son como poco sospechosos. En el caso del TTIP, a título de ejemplo, la comisión negociadora europea, en el marco para la aprobación de dicho tratado, se niega a aceptar la entrada en nuestro mercado europeo de alimentos transgénicos o de pesticidas carentes de los análisis pertinentes de la EU, provenientes de EEUU donde sí está permitida su distribución. Cabría preguntarse, dado el incremento de beneficios que esto les generaría, por cuánto tiempo se negarán a su comercialización en Europa.

La globalización es un arma de doble filo, y al igual que suele ocurrir en los relatos más incompasivos y atroces, si el arma equivocada cae en manos equivocadas, peligroso porvenir nos aguarda.

Kai Schmitz.

6. REFERENCIAS

1. *Transfer pricing: Keeping it at arm's length*, John Neighbour, OECD Centre for Tax Policy and Administration.
2. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c1, p33.
3. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c2, p59.
4. *The different methods of TP: pros and cons*, Elizabeth Hughes, Wendy Nicholls, 28 September 2010.
5. *Agenda Item 5 Working Draft for the October 2011 Geneva Meeting*, UN, c5, P35.
6. *Berry Ratio*, Investopedia.
7. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c2, p79.
8. *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*, Lorraine Eden, p237.
9. *BEPS Through the Looking Glass: Where Do We Stand?*, TJN Senior Adviser Professor Sol Picciotto, February 4, 2015.
10. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c1, p37.
11. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD 2010, c1, p36.
12. *Locating production and income within MNEs: An alternative approach based on formulary apportionment*, Dylan G. Rassier.
13. *BEPS Through the Looking Glass: Where Do We Stand?*, TSN Senior Adviser Professor Sol Picciotto.

7. BIBLIOGRAFÍA

- United Nations: <<Agenda Item 5 Working Draft for the October 2011 Geneva Meeting>>, 2011.

- Gharky, D. & Jefferson, T.: <<Arm's Length Method vs. Formulary Apportionment: Is there a best method?>>, 2012.
- Robillard, R.: <<BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment?>>, INTERTAX, Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2015.
- TJN Senior Adviser Professor Picciotto, S.: <<BEPS Through the Looking Glass: Where Do We Stand?>>, Taxjustice blog, 2015.
- Investopedia: <<Berry Ratio>>.
- Rassier, D. G.: <<Locating production and income within MNEs: An alternative approach based on formulary apportionment>>, Academic Commons Columbia University, 2014.
- Oecd.org
- OECD: <<OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010>>, 2010.
- Martínez Valente, D. C.: <<Precios de transferencia>>, 2001.
- Hernández Vázquez, O. & Justo Alonso, Á. (AEAT): <<Precios de transferencia>>, IEF, 2012.
- Pwc.com
- Associate Professor Eden, L.: <<Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America>>, University of Toronto, 1998.
- Nicholls, W.: <<The different methods of TP: pros and cons, Elizabeth Hughes>>, Taxjournal, 2010.
- Neighbour, J.: <<Transfer pricing: Keeping it at arm's length>>, OECD Centre for Tax Policy and Administration, OECD Observer No 230, 2002.
- OECD: <<Transfer Pricing Legislation – A Suggested Approach>>, 2011.
- Tan Jit Han, D.: <<Unitary Formulary Apportionment as a Solution to the Conundrum of Source>>, New York University School of Law, 2010.
- Pérez Royo, F.: *Derecho Financiero y Tributario (25ª ED.)*. S.L. CIVITAS Ediciones, 2015.
- Pérez Royo, F.: *Curso de Derecho Tributario: Parte Especial (9ª ED.)*. TECNOS, 2015.
- Wikipedia.com